



## **GRADO EN RELACIONES LABORALES**

**2018/2019**

### **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **MATERNIDAD SUBROGADA Y PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

## **SURROGATE MOTHERHOOD AND SOCIAL SECURITY BENEFITS**

Autor: ANTONIO ISRAEL MARTÍNEZ CRESPO

Directora: MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO

JULIO 2019

## **ÍNDICE**

<b>RESUMEN</b>	<b>1</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>1</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>2</b>
<b>2. LA GESTACIÓN SUBROGADA</b>	<b>4</b>
2.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS	4
2.2. SITUACIÓN INTERNACIONAL	5
2.3. LA ACTUAL PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA	9
<b>3. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS MENORES NACIDOS POR SUBROGACIÓN</b>	<b>12</b>
3.1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO (DGRN) DE 18 DE FEBRERO DE 2009	13
3.2. INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010	17
<b>4. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR</b>	<b>20</b>
4.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	20
4.2. SITUACIONES PROTEGIDAS	24
4.3. BENEFICIARIOS	25
4.4. DINÁMICA	29
<b>5. EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR DE LOS PADRES COMITENTES</b>	<b>31</b>
5.1. EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	31
5.2. EN EL DERECHO ESPAÑOL	35
5.2.1. Argumentos de la jurisprudencia para la desestimación del derecho	35
5.2.2. Argumentos de la jurisprudencia para estimar el derecho	38
<b>6. CONCLUSIONES</b>	<b>44</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>46</b>
<b>8. ANEXO</b>	<b>47</b>

## **RESUMEN**

Al ser la maternidad subrogada un método ilegal en nuestro país, los nacionales que pretenden acceder a ella tienen que desplazarse a países en los que está permitida, encontrándose, a su retorno, con numerosos problemas jurídicos. Dichos problemas aparecen cuando pretenden acceder a dos fines: la inscripción en el Registro Civil del recién nacido y el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Por ello, ambas situaciones serán tratadas y desarrolladas en el presente trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** maternidad subrogada, Registro Civil, prestación por nacimiento y cuidado de menor.

## **ABSTRACT**

As surrogate motherhood is an illegal method in our country, nationals who want to access it have to travel to countries where it is allowed, being, on their return, with numerous legal problems. These problems appear when they intend to have access to two ends: registration in the Civil Registry of the newborn and access to birth and child care protection. Therefore, both situations will be treated and developed in the present work.

**KEY WORDS:** surrogate motherhood, Civil Registry, birth and child care protection.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque el primer caso documentado data de 1980 (al cual haremos referencia posteriormente), y todos tenemos asimilada esta práctica al mundo moderno, resulta que ya en la Biblia, concretamente en el Antiguo Testamento, se hablaba de los vientres de alquiler. El patriarca Abram no podía tener hijos con su pareja Saray, dirigiéndose esta a él de la siguiente forma: “El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”<sup>1</sup>.

A su vez, dos hechos antes de la edad de Cristo nos reafirman en la idea de que esta práctica no es de carácter reciente: el yacimiento de la ciudad de Kültepe-Kanesh<sup>2</sup> y el Código de Hammurabi<sup>3</sup>. El primero de ellos nos ha revelado la presencia de esta práctica en el siglo XX antes de Cristo, puesto que las tablillas allí encontradas en 1948 revelan que el marido tiene la opción de recurrir a una *hieródula*<sup>4</sup> o a una esclava en caso de que su mujer no pueda darle descendencia. Asimismo, esta recibiría, respectivamente, una importante cantidad de dinero o la libertad, y el hijo engendrado sería de la pareja infértil. En cuanto al segundo, en él se baraja la posibilidad de acudir a una esclava cuando la mujer que sea tu pareja no pueda tener hijos.

Sin embargo, es en 1980 cuando se firma, en California, el primer contrato de maternidad subroga, mediante el cual una mujer recibiría 10 000 dólares a cambio de llevar a cabo esta práctica.

Desde entonces, han sido numerosas posturas las que se han adoptado en todo el mundo, con colectivos, políticos e incluso ordenamientos jurídicos que se mostraban a favor y en contra. Por ello, en algunos países está permitido, mientras que en otros no.

Este es el caso de España, donde, según datos no oficiales (al no tratarse de una práctica permitida, no es posible llevar a cabo un control exhaustivo) provenientes de agencias que tramitan esta práctica, los nacionales hacen 1000 contratos anuales, todos ellos realizados en el extranjero debido, como repito, a la ilegalidad de esta práctica en nuestro país.

---

<sup>1</sup> Génesis 16:1-16

<sup>2</sup> Antigua ciudad turca, del siglo XX antes de Cristo, que era el eje del comercio de la época.

<sup>3</sup> Conjunto de leyes por las que se regían los territorios de la Antigua Mesopotamia (año 1750 antes de Cristo).

<sup>4</sup> Término que, en la edad en la que nos movemos en el texto, significa “prostituta sagrada”

Además, se trata de un tema muy controvertido desde diferentes puntos de vista: científico, moral, ético, religioso... Pero, y en lo que a nosotros más interesa, el ámbito del derecho. Esto es así por tres ámbitos: el derecho internacional privado, al llevarse a cabo contratos privados que influyen en dos países (donde se realiza el contrato y el nuestro); el derecho civil; y el derecho de la Seguridad Social, ya que este ente interviene cuando se solicitan prestaciones de protección derivadas de esta práctica.

Finalmente, es de notable relevancia admitir que la realidad actual tiene una tendencia de ascensión y crecimiento en todos los ámbitos anteriormente citados, pues se trata de un hecho que, cada vez más, la sociedad acepta y toma de manera más natural: mayores avances científicos en la materia, mayores colectivos sociales que lo aceptan, menos lucha por parte de algunas religiones a mostrar su oposición, necesidad de una mayor regulación jurídica, etc...

## 2. LA GESTACIÓN SUBROGADA

### 2.1 CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS

También llamada *vientre de alquiler*, es una técnica de reproducción humana asistida, mediante la cual una mujer se compromete, a través de un acuerdo, a gestar en su vientre una vida humana, recibiendo o no una remuneración para, tras el alumbramiento, renunciar por completo a su filiación y entregársela a la persona o pareja (comitente/s) con la que firmó dicho acuerdo.

De esta definición podemos extraer, dependiendo del punto de vista en el que nos situemos, diferentes tipos de gestación subrogada<sup>5</sup>. Comenzaremos desde el punto de vista de quien aporte el material genético, situación ante la cual nos podemos encontrar ante:

- *Subrogación parcial o tradicional*: la madre de alquiler aporta su propio material genético, siendo inseminada artificialmente por el esperma de uno de los comitentes o un donante. De esta manera, además de ser la madre de alquiler, es también la madre biológica.
- *Subrogación plena o gestacional*: la madre de alquiler no aporta su material genético, por lo que se limita, únicamente, a gestar el embarazo. Esto se lleva a cabo a través de la *fecundación in vitro*<sup>6</sup>.

A su vez, de este punto de vista podemos hacer una subdivisión referente a la determinación genética de la paternidad, maternidad y filiación:

- a) Paternidad y maternidad genética de la pareja comitente y maternidad biológica de la mujer que se compromete a prestar el útero, es decir, espermatozoide y óvulo procedentes de la citada pareja comitente y útero de la mujer gestante.
- b) Paternidad y maternidad “semi-genética” de la pareja comitente y maternidad biológica de la mujer que cede su útero: espermatozoide u óvulo de uno de los miembros de la pareja comitente (siendo la otra célula reproductora (óvulo o

<sup>5</sup> En el trabajo de RUIZ SÁENZ, A. (2013): “Tratamiento jurídico de la gestación por sustitución”, en Repositorio Académico de la Universidad de Cantabria, 2013, la autora habla, describe y desglosa diferentes tipos de maternidad subrogada, siempre atendiendo a diferentes criterios. Así pues, a continuación realizo una síntesis de los tipos que describe para su posterior análisis.

<sup>6</sup> Técnica de reproducción humana asistida que consiste en concebir el embrión fuera del útero materno para, posteriormente, transferirlo a este.

El desarrollo de esta técnica permitió un mayor desarrollo de la subrogación gestacional, ya que de esta manera se permite establecer un vínculo genético total entre el nacido y la madre comitente, a pesar de la carga económica que dicha realización supone.

espermatozoide respectivamente) de un/a donante anónimo/a), y útero de la mujer gestante.

- c) Paternidad genética de la pareja comitente y maternidad “semi-genética” y biológica de la mujer gestante. Esto quiere decir que el espermatozoide es aportado por el comitente mientras que, la mujer gestante, además de aportar su útero, también aporta su óvulo.
- d) La mujer gestante aporta, además de su útero, su óvulo ya fecundado. Sin embargo, en este caso el espermatozoide proviene de un donante anónimo, por lo que no hay ni paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” (evidentemente, hay maternidad biológica de la mujer gestante).
- e) No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja comitente, siendo lo único existente la maternidad biológica de la mujer gestante, la cual se produce con la donación tanto del espermatozoide como del óvulo.

Otro punto de vista que podemos plantear es reconociendo quién contrata el servicio del útero de la mujer. En este caso, nos enfrentamos a comitentes formados por una pareja heterosexual, una pareja homosexual (bien hombres, bien mujeres), un hombre solo o una mujer sola.

Por último, y para poder enlazar de la manera menos brusca posible con el siguiente apartado (ya que es un hecho determinante), podemos hacer una clasificación desde el punto de vista económico. Aquí diferenciamos según la actitud de la madre de alquiler: si esta actúa por solidaridad o si, por el contrario, recibe un pago económico por realizar dicha acción.

Decimos que esto enlaza con *Situación Legal Actual* (apartado siguiente) porque, dependiendo del país, la práctica de la gestación por sustitución podrá ser legal atendiendo a si su fin es altruista o no (esto no quiere decir que haya países que contemplen en su legislación una legalidad total de la práctica).

## **2.2 SITUACIÓN INTERNACIONAL**

En este apartado hablaremos de la situación relativa a la gestación subrogada a nivel internacional. Lo haremos de manera breve y concisa, con el fin de conocer las posturas de algunos países, tanto desde el punto de vista de sus propias decisiones como desde el interés de España.

Hay lugares en el mundo que poseen ordenamientos que permiten la técnica de la gestación por sustitución, pero, a su vez, sujeto a unos condicionantes. Esto es así dependiendo si el fin que persigue la realización de esta técnica es altruista o no. Por ello, debemos distinguir entre:

- Admisión cuando el fin que se persigue es altruista:

Este tipo de regulación la poseen algunos países del panorama internacional, como son Canadá, Brasil, Israel, Grecia, Sudáfrica, Nueva Zelanda y algunos estados de Australia o de los Estados Unidos, como Utah o Washington. Pero esto no queda solo aquí, pues es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos y condicionantes para poder llevarla a cabo.

Tanto es esto y tan minucioso es su seguimiento, que dependiendo del lugar del mundo en el que nos encontremos, la realización de esta práctica estará sujeta al cumplimiento, bien de unos requisitos y aprobación por el organismo correspondiente de manera previa al acto (proceso “pre-aprobación”), bien a su aprobación y cumplimiento de requisitos de forma posterior al acto (proceso post-parto).

Por ello, pondremos, en cada caso, un claro ejemplo para poder visualizar mejor la situación:

- Proceso pre-aprobación: el mejor ejemplo es el de Grecia. Allí, los comitentes y la mujer gestante deberán presentar su acuerdo ante el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la mujer gestante, siendo aprobado por resolución judicial de dicho tribunal de forma previa a que se realice el proceso.

Dicho tribunal debe verificar que se cumplen todos los requisitos establecidos en la legislación, los cuales son los siguientes: la madre comitente debe probar su infertilidad; la madre comitente no debe exceder los 50 años; la mujer gestante debe probar ante el tribunal que está sana física y mentalmente; ambas partes deben presentar el acuerdo al tribunal de forma escrita; el acuerdo podría permitir la compensación de los gastos, pero en ningún caso el pago por los servicios, ya que esto está prohibido; si la mujer gestante está casada, su marido también debe dar su consentimiento por escrito; los óvulos fertilizados



no deben pertenecer a la mujer gestante; los comitentes y la mujer gestante deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.

Por último, hay una cláusula que establece que el acuerdo puede ser impugnado por la mujer gestante o la madre comitente, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, y si se demuestra que la mujer gestante aportó sus óvulos. En este caso, la mujer gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día de nacimiento.

- Proceso post-parto: aquí centraremos nuestra atención en la transferencia de la filiación tras producirse el parto.

El mejor ejemplo para comprender este proceso, es el que se vive en Reino Unido con su legislación, pues ambas partes (gestante y comitente/s) llegan a un acuerdo previo. Es, tras el parto, cuando se desarrolla el procedimiento legal:

1. La filiación se determina con respecto de la mujer que da a luz, es decir, la mujer gestante.
2. Dicha filiación es transferida a la parte comitente tras un período de reflexión otorgado a la gestante de 6 semanas, siempre y cuando la citada parte comitente lo solicite ante el tribunal pertinente.
3. Se producen dos certificados de nacimiento: el primero de ellos es el de la madre que dio a luz (con su correspondiente plazo para retractarse) y el segundo es, tras el consentimiento de esta, en favor de la parte comitente.

Este procedimiento, como hemos dicho, no lleva la obligación de un acuerdo previo mediante un contrato (aunque hay excepciones). De manera que, en caso de que alguna de las partes decida echarse atrás en el acuerdo una vez iniciado el procedimiento (ya sea durante los 9 meses de embarazo o durante las 6 semanas posteriores al parto de reflexión), la otra parte no podría hacer nada para remediarlo. Esto provoca que esta práctica no sea muy popular en el país para llevarse a cabo, y muchos interesados crucen las fronteras para realizar en países que lo regulan desde el inicio hasta el final.

- Admisión total:

Este es la situación que se vive, entre otros países, en India, Georgia, Ucrania, Rusia y algunos estados de los Estados Unidos, como es el caso de California.

Lo que provoca esta admisión en determinados lugares del mundo, es el turismo reproductivo: personas que desean ser padres o madres comitentes, viajan a otros países donde esta práctica está legalizada. Los destinos más populares son el estado de California<sup>7</sup> en Estados Unidos, o Ucrania en el Viejo Continente, en donde se permite claramente en su Código de Familia<sup>8</sup>.

Pero este turismo reproductivo conlleva determinadas consecuencias a efectos de volver al país de origen. Dicha problemática será tratada en apartados posteriores de este trabajo de manera minuciosa.

En la otra cara de la moneda, se encuentran los países en los que se prohíbe la gestación subrogada, se persigue prevenir o eliminar su práctica. Tal es el caso de Alemania, Suecia, Suiza, Francia o Italia, entre otros, en los que esta práctica y los acuerdos que deriven de ella son nulos.

Como hemos hecho anteriormente, abordaremos de forma breve la situación en alguno de estos países, con el fin de situarnos mejor ante esta situación. Así, en Alemania, el artículo 1 de su ley de protección del embrión<sup>9</sup> dice, explícitamente, que “será sancionado con una multa o con privación de hasta 3 años de cárcel, quien fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo o quien fecundara artificialmente o transfiriese un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros después de su nacimiento”.

Otro claro ejemplo de esta situación es la que se vive en Suiza, donde la gestación por sustitución está prohibida en dos textos legales distintos: por un lado en la

---

<sup>7</sup> El contrato de gestación subrogada no está expresamente contemplado en la ley. Aun así, los padres comitentes están protegidos, frente a un posible cambio de opinión de la madre gestante, por el Tribunal Supremo.

<sup>8</sup> En su artículo 123.2, se establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnica de reproducción asistida, es transferida dentro del cuerpo de una mujer, los padres del niño serán pareja. Con el consentimiento de la madre gestante en el certificado de nacimiento, en el cual constará directamente el nombre de los sujetos comitentes.

<sup>9</sup> 745/1990 de 13 de diciembre de 1990

Constitución Federal<sup>10</sup>, y por otro, en la ley federal sobre procreación médicamente asistida<sup>11</sup>.

Una vez vislumbrado brevemente y sin entrar en demasiados detalles la situación en el mundo, podemos ver como dependiendo del país, su legislación e incluso, su cultura, esta técnica de reproducción asistida es permitida o no y, en caso de serlo, puede haber algunos condicionantes.

### **2.3 LA ACTUAL PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA**

Encontrándonos ya dentro de nuestras fronteras, es fundamental resaltar la problemática jurídica existente, pues será determinante para poder afrontar este trabajo adecuadamente. Además, es importante resaltar que todo esto es al margen de posibles interpretaciones éticas, morales, religiosas o políticas que puedan extraerse de esta situación, ciñéndome suma y exclusivamente a la legalidad vigente.

Así pues, para conocer dicha situación, es necesario saber que la ley que lo rige es la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*<sup>12</sup>. Pero, aun así, ha habido pasos previos que han ido conformando una evolución hasta nuestros días.

La *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida*<sup>13</sup>, surgió en nuestro país tras el nacimiento en Reino Unido del primer bebé por una vía que no fuese la tradicional. Esta ley fue muy adelantada a la época en la que se vivía, además de progresista, lo que permitió a España situarse en las primeras posiciones en lo que a técnicas de reproducción humana asistida se refiere.

A grandes rasgos, esta ley reguló las técnicas de reproducción humana asistida que había en aquel momento, siempre y cuando se utilizasen en centros médicos autorizados y por motivos, no solo de esterilidad, sino también para tratar males genéticos. Así pues, las técnicas que reguló fueron: transferencia intratubárica de gametos, transferencia de embriones, fecundación in vitro y la inseminación artificial.

<sup>10</sup> Su artículo 119.2 (d) dice que “la donación de embriones y todas las formas de maternidad por sustitución están prohibidas”.

<sup>11</sup> Creada en 1998 pero reformada en 2006, su artículo 4 prohíbe claramente la gestación por sustitución en todas y cada una de sus modalidades, es decir, ya sea esta con fines altruistas o sin ellos.

<sup>12</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 126, de 27 de mayo de 2006, y entrando en vigor el 28 de mayo de 2006 (BOE-A-2006-9292).

<sup>13</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 282, de 24 de noviembre de 1988 (BOE-A-1988-27108).

Pero, con el transcurso del tiempo, surgió, entre algún otro, un importante problema que no resolvía la ley: preembriones humanos que, sin un rumbo definido, se acumulaban de manera excesiva en los laboratorios.

Es entonces cuando se aprueba la *Ley 45/2003, de 21 de noviembre*<sup>14</sup>, que modifica la anterior y que establece, respecto del mencionado problema, una solución dividida en dos partes:

- Por un lado, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, solo podrá fecundarse un máximo de tres ovocitos para su posterior traspaso a la mujer en el mismo ciclo<sup>15</sup>.
- Por otro lado, en lo referente a los preembriones crioconservados antes de la entrada en vigor de la ley, las parejas podían elegir entre las siguientes opciones<sup>16</sup>:
  - Que sigan crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se le puedan transferir en intentos posteriores.
  - Si son crioconservados y no transferidos finalmente a la mujer, se deberá firmar un acuerdo para su posterior donación con fines reproductivos de manera única.
  - Cesar en su crioconservación para, una vez descongelados, sean donados a la ciencia con fines de estudio.

Finalmente, y con el fin de adaptar la ley de un tema tan debatido a pie de calle, se aprobó la *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, que derogaba las anteriores.

Y aquí ya podemos obtener conclusiones acerca de la legalidad o no de esta técnica reproductiva: el uso de esta práctica en España es ilegal. Y para decir esto nos basamos en el articulado de dicha ley, concretamente en los artículos 2 y 10.

Así, el artículo 2, remite al anexo con el fin de determinar qué técnicas de reproducción asistida reúnen las condiciones de acreditación científica, siendo estas la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos (como vemos, la gestación por sustitución no aparece por ninguna parte).

Pero más claro es aún el artículo 10, que habla explícitamente de la gestación por sustitución. Así, su primer punto sentencia a dicha técnica: “será nulo de pleno derecho

---

<sup>14</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 280, de 22 de noviembre de 2003 (BOE-A-2003-21341).

<sup>15</sup> Artículo 4 de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>16</sup> Artículo 11 de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

De esta manera, España se sitúa dentro de otros países nombrados anteriormente (Suiza, Alemania, Italia, Francia...) que prohíben esta técnica, ya sea con o sin fines altruistas.

### 3. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS MENORES NACIDOS POR SUBROGACIÓN

Hemos mencionado, en anteriores apartados, dos hechos relevantes que están directamente relacionados y que serán dos de los pilares fundamentales de la problemática principal de este trabajo: por un lado, la prohibición de la gestación por sustitución en España y, por otro lado, el turismo reproductivo.

En cuanto a la primera, ya hemos descrito claramente la legislación pertinente. En referente a la segunda, es necesaria una pequeña descripción de lo que es y lo que conlleva para poder seguir entendiendo el planteamiento.

Como respuesta a la prohibición legislativa existente en nuestro país, surge la práctica del *turismo reproductivo*: desplazamiento de sujetos individuales o emparejados desde su país de origen, donde la técnica de reproducción asistida de la gestación por sustitución está prohibida, hasta otro país donde si está legalizada. Es decir, y para atraerlo a nuestro caso: hombres, mujeres o parejas españolas, viajan a países donde la situación es legal con el fin de llevar la práctica y después volver a España. De esta manera, pueden acceder a dicha técnica sin ninguna barrera legal.

Sin embargo, este tipo de turismo es preocupante por los siguientes motivos<sup>17</sup>:

- Es una variante bastante alta desde el punto de vista económico, por lo que solo aquellos que puedan permitirse grandes gastos podrán acceder a ella.
- Resulta imposible un control absoluto de la calidad del servicio, así como de la seguridad de la salud de las partes.
- Existe un alto riesgo de que las mujeres que viven en países en vías de desarrollo, y debido a sus necesidades económicas, sean explotadas por personas interesadas en la técnica y que provienen de países más desarrollados.
- Que haya personas que intenten esquivar las leyes de su propio país para ir a otro donde estas son más permisivas.
- Que la reproducción humana se convierta en un negocio, con su correspondiente comercio.

---

<sup>17</sup> LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pág. 22.

Asimismo, unido a estos hechos tan inquietantes, está el problema cuando el hombre, la mujer o los padres comitentes que han decidido cruzar las fronteras, deciden regresar a su país de origen con su bebé. O, mejor dicho, y llevado al caso en el que nos vemos envueltos: el problema de los padres comitentes al volver con el recién nacido a España.

En resumen, la circunstancia de que esta situación sea legal en otros países, ha tratado de ser aprovechada por nacionales españoles para, tras celebrar un contrato de gestación por subrogación en el extranjero, volverse a España con el fin de inscribir el nacimiento de su hijo/a en el Registro Civil. En el extranjero, la práctica es legal, pero dentro de nuestras fronteras no. Entonces, ¿cómo se plantea esta situación?

La primera respuesta a esta pregunta nos la da la Constitución Española, concretamente en su artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, (...)”. Por lo tanto, todos los niños y niñas, así como sus inscripciones en el Registro Civil, nacidos en el extranjero como consecuencia del cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución, no deben tener un tratamiento distinto del resto de inscripciones.

A continuación, presentamos, por orden cronológico, cuatro acontecimientos clave que han ido marcando el devenir de esta postura en nuestro país, dejando una respuesta concreta ante esta situación producto, tanto de la prohibición en España de la técnica de gestación subrogada, por un lado, como del turismo reproductivo que desemboca en el recibimiento de España de los hijos en otros países frutos de esta técnica por otro. Estos acontecimientos son: la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009 (recurrida por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia y aceptado el recurso por este para que, posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia del 23 de noviembre de 2011, desestimara recurso de apelación de la pareja comitente) y la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010.

### **3.1 RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO (DGRN) DE 18 DE FEBRERO DE 2009**

Este hecho comienza cuando, a finales de la primera década del segundo milenio, una pareja homosexual valenciana, formada por dos varones casados, decide viajar a California con el fin de realizar un contrato de gestación por sustitución.

El parto es múltiple, concretamente dos niños, y la pareja acude al Registro Consular español en California para solicitar su inscripción y se determine a favor su filiación. Además, para ello presentan la documentación requerida: certificación registral extranjera que demuestra la inscripción de ambos menores y la filiación en favor de la pareja valenciana.

Como apunte, señalar también que aportan esta documentación de manera totalmente legal, es decir, hubo una resolución judicial que estableció la filiación en favor de los padres varones para que, posteriormente, la autoridad administrativa del Registro de California<sup>18</sup> pudiese emitirlos. De esta manera, dicha resolución determina la filiación en favor de los menores, sin aparecer por ninguna parte la madre gestante.

Una vez presentada esta documentación en el mencionado Registro Consular español del estado americano, el encargado deniega su inscripción, argumentando, el Auto<sup>19</sup> en el que resuelve, la supremacía del artículo 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, el cual, y como bien ya hemos señalado en apartados anteriores, prohíbe la celebración de los contratos de maternidad subrogada.

Este Auto es recurrido por los padres comitentes ante la DGRN, la cual estima su pretensión y así lo plasma en su Resolución de 18 de febrero de 2009. Asimismo, esto conlleva la inscripción en el Registro de ambos recién nacidos además de la filiación en favor de la pareja.

Para llegar a esta conclusión en su Resolución, la DGRN se apoya en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual dice lo siguiente: “El documento auténtico, sea original o testimonio, judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho que da fe. También lo es el documento extranjero con fuerza en España (...)”. Por lo tanto, la DGRN entiende que el encargado del Registro se tiene que limitar a comprobar que toda la documentación a aportar es correcta, sin llegar a entrar ningún juicio de valor sobre si esta se ajusta al derecho existente en nuestro país. O, dicho de una manera más clara en nuestro caso: el encargado del Registro debe comprobar que las autoridades californianas han aprobado la situación, y que en ella aparecen tanto el nacimiento como la filiación de ambas criaturas.

---

<sup>18</sup> *The California Office of Vital Records.*

<sup>19</sup> Auto de 10 de noviembre de 2008.



Una vez comprobada esta situación, se debe proceder a inscribir lo solicitado por la pareja en el Registro, teniendo que ser los Tribunales los que juzguen la validez o no del contrato de maternidad subrogada.

En cuanto a las razones para fundamentar dicha decisión, además del citado artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, la DGRN se apoya además en:

1. Cada Estado posee un ordenamiento jurídico propio, el cual no tiene que coincidir con el español.
2. Se debe cumplir, de manera minuciosa, el principio de Seguridad Jurídica<sup>20</sup>, en este caso, trasladado al contexto internacional. De lo contrario, la situación creada como válida en el estado de California, no tendría efectos en España.
3. Se pretende que la pareja interesada no tenga que realizar el mismo procedimiento ante las autoridades españolas, ya que podría abrirse un doble procedimiento, de carácter paralelo, para el mismo fin: inscripción y filiación favorable tanto en California como en España.
4. En España está permitida la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres, por lo que, si a dos hombres no se les permitiría, podría ponerse en peligro el artículo 14 de la Constitución Española, del cual ya hablamos con anterioridad y que conllevaría la discriminación por razón de sexo.

Pero la DGRN no se queda solamente aquí en su Resolución, puesto que, y también apoyándose en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, exige que la certificación extranjera cumpla unos determinados requisitos para poder tener efectos en España. Y, además, subraya que son estos requisitos los que debe comprobar el Registrador que se cumplen para autorizar dichas solicitudes:

1. Que el documento público extranjero reúna los requisitos necesarios para su autenticidad. Para ello, debe cumplir con lo expuesto en el artículo 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: que el documento haya sido autorizado por la autoridad extranjera competente, además de que le acompañe la legalización o apostilla necesaria para su autenticidad en España.
2. En caso de que las certificaciones no estén en castellano, deberán estar traducidas y también legalizadas o apostilladas por la autoridad competente.

---

<sup>20</sup> Principio, cuya garantía de cumplimiento aparece en el artículo 9.3 de la Constitución Española, mediante el cual se conoce lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

3. Que la autoridad extranjera que ha expedido la certificación posea funciones análogas a las que realiza la autoridad competente española. Es decir, que la autoridad extranjera pruebe tanto el nacimiento de ambos niños como la renuncia de la filiación de la madre gestante en favor de la pareja comitente española. Y que, además, de esto surja el deseo de proceder a la inscripción.
4. No debe vulnerar el orden público internacional español. Y, aplicado a nuestro caso, la DGRN cree que no ocurre por la necesidad de aplicación del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>21</sup>, el cual establece el interés superior del menor por encima de todo.

Sin embargo, esta resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia. Dicho Juzgado dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010, y en ella revoca la decisión de la DGRN.

Para ello, se fundamentó en el principio de jerarquía normativa<sup>22</sup>, pues prevalece la Ley del Registro Civil frente al Reglamento del Registro Civil. Y, aplicándose concretamente a nuestro caso, el artículo 23 de la Ley de Registro Civil<sup>23</sup> sobre el mencionado con anterioridad artículo 81 del Reglamento del Registro Civil<sup>24</sup>.

Dicho artículo 23 dice que “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”, es decir, que el Registrador si debe comprobar si la actuación es conforme al derecho español. Y, en este caso, contradice el artículo 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, desarrollado anteriormente en este trabajo. Además, y por si fuera poco, la citada sentencia apunta la siguiente frase: “*el Registrador debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres, (...), lo que no puede ser a efectos materiales, pues biológicamente es imposible*”.

---

<sup>21</sup> Firmada en Nueva York ese día, entra en vigor en España el 5 de enero de 1991, diciendo dicho artículo en su primer punto, lo siguiente: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>22</sup> Artículo 9.3 de la Constitución Española es el encargado de garantizar este principio.

<sup>23</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 175, de 22 de julio de 2011 (BOE-A-2011-12628).

<sup>24</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 296, de 11 de diciembre de 1958 (BOE-A-1958-18486).

### 3.2 INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Viendo el devenir que esta técnica iba a ir produciendo en nuestro país, y ante la resolución del recurso explicado anteriormente, la DGRN decidió dictar una Instrucción con el fin de terminar con cualquier tipo de laguna legal a la hora del registrar a bebés nacidos, en otros países, por la técnica de gestación por sustitución. Dicha Instrucción, dictada el 5 de octubre de 2010, pretendía por encima de cualquier otra causa, *dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*, además de asegurar los intereses de las mujeres que se prestan a esta técnica de reproducción.

A su vez, esta Instrucción determina, explícitamente, las siguientes directrices para poder realizar el registro de manera correcta:

- Primera:
  1. Para poder proceder a la inscripción de un nacimiento de esta índole, a la solicitud de inscripción se deberá acompañar la resolución judicial dictada por el Tribunal competente, en la cual se determine la filiación del nacido.
  2. Esta resolución judicial dictada por el Tribunal competente, el cual es extranjero, deberá ser objeto de exequátur<sup>25</sup> (a no ser que exista un Convenio Internacional con el Estado al que pertenece dicho Tribunal). Por lo que, para proceder a la inscripción de nacimiento, se deberá presentar en el Registro Civil español, la solicitud de inscripción acompañada del auto judicial que ponga fin al citado procedimiento de exequátur.
  3. A pesar de todo lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español, el encargado del Registro Civil deberá controlar, previamente, si tal resolución puede ser reconocida en España. Así pues, deberá constatar:
    - a. Regularidad y autenticidad de los papeles presentados, tanto de la resolución judicial extranjera como del resto de documentación.
    - b. Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
    - c. Que se garanticen los derechos procesales de las partes, concretamente los de la madre gestante.

---

<sup>25</sup> Conjunto de normas conforme a las cuales, el ordenamiento jurídico de un Estado comprueba que, una sentencia judicial dictada por un Tribunal de otro Estado, reúne los requisitos que permiten su reconocimiento y homologación.

- d. Que no se ha producido, por un lado, una vulneración del interés superior del menor y, por otro, una vulneración de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria.
  - e. Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables. O, para el caso de que estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad, que éste hubiera transcurrido sin que se hubiera ejercitado dicha posibilidad.
- Segunda: para dicha inscripción, se descarta totalmente el acompañamiento de la certificación médica extranjera en la que no aparezca la identidad de la madre gestante.

De esta manera, y como bien apuntamos al principio, se establecen unas bases con unos pasos concretos a seguir, para todo aquel que pretenda realizar la inscripción en el Registro Civil Español, de recién nacidos producto de la gestación por sustitución en otros estados.

Y, para terminar con el apartado relativo al Registro Civil del niño nacido de un vientre de alquiler, hablaremos por encima de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011<sup>26</sup> en la que la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de la pareja valenciana frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre, que abordamos anteriormente.

Para ello, la Audiencia Provincial aporta las siguientes razones:

1. Aplicando el principio de jerarquía normativa, el artículo 23 de la Ley de Registro Civil prevalece sobre el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil.
2. Es necesario el respeto a los principios relativos a la no comercialización de personas, es decir, que el niño no puede ser objeto de ningún tipo de negocio.
3. A pesar de que la certificación extranjera ha sido expedida por previa resolución judicial, no consta por ninguna parte la identidad de la madre gestante, por lo que no se puede realizar inscripción alguna de la filiación en el Registro Civil.

---

<sup>26</sup> Sentencia nº 826/2011, de 23 de noviembre, JUR/2011/420142

4. Tras alegar la pareja comitente una posible discriminación por razón de sexo<sup>27</sup>, el Tribunal considera que por la propia raza humana, las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer para realizar la gestación, por lo que no puede considerarse discriminación alguna.
5. Es cierto que el interés del menor debe prevalecer, pero dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley.

De esta manera despacha la Audiencia Provincial el recurso de apelación. Aunque, a pesar de todo ello, es la respuesta al caso concreto de la pareja española que solicitó este trámite, porque como hemos visto, la DGRN ya se ha posicionado, estableciendo unas bases comunes posteriores al inicio de este trámite (Instrucción de 5 de octubre de 2010), en las que deja claro cuáles son los pasos a seguir en estos casos.

---

<sup>27</sup> Para ello se basan, por un lado, en el artículo 14 de la Constitución Española que garantiza el principio de no discriminación y, por otro, en que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, permite la inscripción en el Registro del recién nacido entre dos mujeres casadas. De esta manera argumentan que se les debería permitir a ellos también dicha inscripción.

## **4. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR**

Una vez definido y explicado lo que es la gestación por sustitución, lo que ello supone tanto a nivel internacional como, especialmente, a nivel nacional, así como el turismo reproductivo de nacionales españoles que cruzan las fronteras con el fin de llevar a cabo esta práctica para luego regresar a España e inscribir a la criatura en el Registro Civil, podemos pasar a hablar de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Así pues, y una vez en nuestro país, las personas comitentes y que trabajan se ven en su derecho de solicitar la prestación por nacimiento y cuidado de menor (aunque se haya producido por gestación subrogada), de cuya situación actual hablaremos más adelante.

Por ello, en este apartado hablaremos de la evolución de esta prestación hasta la situación en nuestros días.

### **4.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA**

Para conocer el inicio de la prestación y todo lo que ella conlleva, tenemos que remontarnos a La ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, la cual repercutió notablemente en la primera Ley Laboral que se estableció en España: la Ley de 13 de marzo de 1900. Dicha ley, promulgada por las Cortes Generales y sancionada por María Cristina (madre y regente del posterior rey de España Alfonso XIII), tuvo por objeto legislar el trabajo de mujeres y niños.

El artículo 9 de dicha ley regulaba las medidas relacionadas con el alumbramiento y la lactancia. Así pues, dicho artículo establecía una reserva del puesto de trabajo a la mujer embarazada, desde que lo solicitaba hasta 3 semanas posteriores al parto. Y no solo eso, puesto que, a las mujeres en período de lactancia, se les concedía una hora al día para dar el pecho a sus hijos, repartida dicha hora en dos mitades: una en el turno de mañana y otra en el de tarde (por supuesto que esta hora no era descontada de su salario).

Posteriormente, el Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establece el Reglamento para aplicar la Ley de 13 de marzo de 1900. En él, se mantiene la protección en cuanto al cese y reserva de puesto de trabajo (desde el octavo mes de embarazo hasta 3 semanas posteriores al parto, pudiéndose ampliar una semana más en

caso de que se le expidiera la correspondiente certificación médica), pero se modifica la protección en período de lactancia: como bien mencionamos anteriormente, la mujer tenía 1 hora al día, dividida en dos mitades para repartir en ambos turnos. Sin embargo, si llevaban al bebé al lugar donde desempeñaba sus funciones laborales, la mujer podía dividir esa hora en 4 partes iguales, pudiendo usar dos en el turno de mañana y dos en el de tarde.

Por último, la mujer también podía usar más tiempo del establecido, pero, en este caso, se le descontaría de su salario.

El siguiente paso llega con una reforma del artículo 9 de la ley de 13 de marzo de 1900: la ley de 8 de enero de 1907 amplía hasta 6 semanas el período de cese y reserva del puesto de trabajo, manteniendo de igual forma la situación de lactancia.

Asimismo, el Real Decreto de 21 de agosto de 1923 vuelve a reformar el citado artículo 9, estableciéndose un régimen de subsidio tutelar de la obrera que dé a luz. Eso sí, este régimen será de carácter provisional y hasta que se implante la Caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, la cual se regula por Real Decreto el 22 de marzo de 1929. Además, en su preámbulo se deja bien claro el porqué de su nacimiento: *“es necesario para cumplir un compromiso internacional: para acabar con la inconsecuencia de imponer un descanso y, por tanto, la pérdida de salario, sin la indemnización correspondiente, para velar por la vida y la salud de la madre obrera y de sus hijos o, por consiguiente, aumentar el valor biológico de la raza (...)”*.

Dicho Real Decreto fue regulado por Reglamento de 29 de enero de 1930, y establecía el derecho a recibir una asistencia médica y una prestación que le indemnizara durante su descanso maternal de 6 semanas. Posteriormente, durante la II República, se aprobó el Seguro de Maternidad, desarrollado, durante dicho período, por las pertinentes órdenes<sup>28</sup>.

Entramos ahora en la época franquista. La promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 supone otro avance más. Aun así, en esta época se produce un importante frenazo a lo que venía siendo el desarrollo de esta protección durante los años anteriores.

---

<sup>28</sup> 5 de agosto de 1931; 3 de octubre de 1931; 9 de diciembre de 1931; 31 de mayo de 1932.

Con esta ley, se otorga a la mujer el derecho a abandonar su puesto de trabajo en su octavo mes de embarazo. Eso sí, con el pertinente certificado médico, el cual debía decir que el parto tendría lugar en un período relativo a 6 semanas. Además, se reconocía a la mujer dos importantes derechos más: la no reincorporación a su puesto de trabajo hasta transcurridas 6 semanas desde que se produjera el alumbramiento, y su reserva de puesto de trabajo hasta dicha fecha.

Posteriormente, la Ley de 8 de abril de 1976<sup>29</sup>, concretamente en su artículo 25, modifica la ley mencionada justo anteriormente: ampliación del período de suspensión del contrato de 6 a 8 semanas. Y no se queda aquí, puesto que establece, en el período posterior al parto, de obligatorio cumplimiento el período no disfrutado anteriormente al alumbramiento.

En 1978 llega la Constitución Española, la carta magna de nuestro país que dirige nuestro ordenamiento y, dos años más tarde, la promulgación de la Ley 9/1980, de 10 de marzo<sup>30</sup>: el Estatuto de los Trabajadores.

Esta ley implanta numerosas mejoras en materia laboral y, cómo no iba a ser de otra manera, que afectasen a la protección desarrollada en este trabajo. Así, entre otras muchas, se reconoce la baja durante 14 semanas (como máximo, desde 6 semanas anteriores al parto y posteriormente de 8 semanas, pudiendo acumularse al segundo el tiempo no disfrutado en el primero).

Y, entre otras, otra novedad, fue la regulación de la excedencia por cuidado de hijos. Eso sí, por un plazo no superior a 3 años. Aunque, en este caso, esta mejora podía ser disfrutada, de manera indistinta, no solo por la madre, sino también por el padre.

Más adelante, es de gran importancia la Ley 3/1989, de 3 de marzo<sup>31</sup>, por las siguientes particularidades:

- Obligación de disfrutar el descanso maternal las 6 semanas posteriores al parto, pudiendo distribuir las 10 semanas restantes de la manera que más convenga a la interesada.
- En caso de fallecimiento de la madre, se reconoce al padre para que pueda optar a disfrutar de una parte o su totalidad.

<sup>29</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 96, de 21 de abril de 1976 (BOE-A-1976-8373).

<sup>30</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 64, de 14 de marzo de 1980 (BOE-A-1980-5683).

<sup>31</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 57, de 8 de marzo de 1989 (BOE-A-1976-8373).



- Se incluye como supuesto de suspensión del contrato la adopción de menores de 5 años. Sin embargo, en este caso la duración sería de 8 semanas como máximo, si el adoptado era menor de 9 meses, o de 6 semanas, si el menor fuese mayor de 9 meses.

Asimismo, en 1992 con la promulgación de la Ley 8/1992 de 30 de abril<sup>32</sup>, se extiende esta protección también a los supuestos de acogimiento preadoptivo (con las mismas restricciones citadas anteriormente para la adopción), quedando totalmente igualadas con la Ley 13/1996 de 30 de diciembre<sup>33</sup>, a 16 semanas (siempre y cuando el menor tuviese una edad inferior a 9 meses).

Una vez equiparadas, el Real Decreto Legislativo 1/1994<sup>34</sup>, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, mantenía estas situaciones como situaciones protegidas a efectos del subsidio de incapacidad temporal. Pero, poco tiempo después, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre<sup>35</sup>, transformaba estas situaciones, dejando de estar amparadas bajo la normativa de incapacidades temporales para pasar a tener su propia regulación.

Se continúan equiparando las situaciones de parto, adopción y acogimiento con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre: en las dos últimas, ya no interviene la edad límite de 9 meses del menor, y las 16 semanas son para toda situación mencionada. Además, esta equiparación tendría su progresión y su total igualdad con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre<sup>36</sup>, en la que la suspensión también se podrá disfrutar, en los casos de adopción y acogimiento, cuando el menor tenga hasta 6 años de edad.

Por último, y como mención última al desarrollo de esta protección antes de describirla en la actualidad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>37</sup>, para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la cual plasma en su articulado y, especialmente, en su exposición de motivos, el principio de igualdad entre mujeres y hombres como principio fundamental. Así, esta ley incorpora normativa, no solo a efectos de Seguridad Social, sino también laboral, para todas y cada una de las posibles situaciones de acogimiento

<sup>32</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 105, de 1 de mayo de 1992 (BOE-A-1992-9361).

<sup>33</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 315, de 31 de diciembre de 1996 (BOE-A-1996-29117).

<sup>34</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 154, de 29 de junio de 1994 (BOE-A-1994-14960).

<sup>35</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 313, de 31 de diciembre de 1994 (BOE-A-1994-28968).

<sup>36</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 266, de 6 de noviembre de 1999 (BOE-A-1999-21568).

<sup>37</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 71, de 23 de marzo de 2007 (BOE-A-2007-6115).

familiar, con el fin de proteger tanto al niño como a la madre, a la vez que se mejora la conciliación familiar.

## 4.2 SITUACIONES PROTEGIDAS

Lo primero de todo, es muy importante resaltar el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo<sup>38</sup>, *de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, pues en él se hace un cambio importante con respecto al nombre que recibe, quedando en su artículo 4, apartado 3: “*Nacimiento y cuidado de menor*”.

Además, para continuar es importante recordar que, como hemos visto durante el desarrollo de su evolución, no se protege únicamente el hecho biológico (el parto), sino que también se protegen otras situaciones como son la adopción, el acogimiento o la guarda. Y no solo eso, puesto que el mencionado en el párrafo anterior Real Decreto Ley, añade una situación protegida en su artículo 4, apartado 9: “*Corresponsabilidad en el cuidado del lactante*”<sup>39</sup>.

La regulación de la protección por nacimiento y cuidado de menor, podemos encontrarla en los siguientes textos legales:

<sup>38</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 57, de 7 de marzo de 2019 (BOE-A-2019-3244).

<sup>39</sup> Modifica el capítulo VII del título II, con la siguiente redacción en referencia a la citada situación:

Artículo 183. Situación protegida.

A efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad.

La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación.

Artículo 184. Beneficiarios.

1. Para el acceso al derecho a la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se exigirán los mismos requisitos y en los

mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en la sección 1.ª del capítulo VI.

2. Cuando concurran en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

3. Las previsiones contenidas en este capítulo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa que lo desarrolle.

Artículo 185. Prestación económica.

1. La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

2. Esta prestación se extinguirá cuando el o la menor cumpla doce meses de edad.»

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>40</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), concretamente en los artículos que van del 177 al 182.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>41</sup>, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre<sup>42</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), en los puntos 4, 5 y 6 del artículo 48 (modificado dicho artículo por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo<sup>43</sup>, *de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>44</sup>, para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres: aunque no lo regule como tal, está presente a la hora de establecer plena igualdad entre mujeres y hombres.

Prosiguiendo, el artículo 177 de la LGSS cita, explícitamente, las situaciones protegidas: *“a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar”*.

#### 4.3 BENEFICIARIOS

Podrá ser cualquier persona, sea cual sea su sexo, y que disfrute de los períodos de descanso establecidos en el ET (a detallar posteriormente). Además, deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Requisito general: detallado en el artículo 165 de LGSS, *“afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, o en situación similar al alta en el momento de producirse la contingencia”*.
- Requisito particular: cotización mínima. Regulado en el artículo 178 de LGSS, dependerá de su edad:
  - Menor de 21 años: no se exige período de cotización

<sup>40</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 261, de 31 de octubre de 2015 (BOE-A-2015-11724).

<sup>41</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 69, de 21 de marzo de 2009 (BOE-A-2009-4724).

<sup>42</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 255, de 24 de octubre de 2015 (BOE-A-2015-11430).

<sup>43</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 57, de 7 de marzo de 2019 (BOE-A-2019-3244).

<sup>44</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 71, de 23 de marzo de 2007 (BOE-A-2007-6115).

- Entre 21 y 26 años de edad: en este caso, nos encontramos con dos opciones, teniéndose que cumplir al menos una de ellas para poder optar:
  - 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral
  - 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al hecho causante
- Mayor de 26 años: al igual que en la franja de edad anterior, deberá cumplirse al menos uno de los dos siguientes motivos para poder tener derecho:
  - 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al hecho causante
  - 360 días cotizados a lo largo de toda la vida laboral

En cuanto al período de descanso establecido en el ET, este se refleja en su artículo 48.4. Dicho artículo ha sido modificado recientemente por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Así pues, podemos decir que *“se suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre”*. Además, *“el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa”*.

También es muy importante seguir señalando, dentro del mismo artículo, el período *“en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica”*.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> También señala otras situaciones especiales, como son las de parto prematuro por falta de peso del neonato o por su propia muerte. Aquí, el articulado señala: *“en los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle. En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo”*.

Asimismo, también queda contemplada la prohibición de que este derecho se pueda transferir al otro progenitor, así como el posible reparto de las semanas de suspensión, siendo este el siguiente: *“la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto.”*

Igualmente, es relevante decir que es necesario avisar al empresario con quince días de antelación en cualquier supuesto de los presentados en este apartado, así como *“la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente”*.

Y, finalmente, es relevante mencionar el particular hecho de la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en los cuales la duración es la misma que la anterior, es decir, 16 semanas para cada adoptante, guarda o acogedor. Sin embargo, *“seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.*

*Las diez semanas restantes se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento”*<sup>46</sup>. Y, al igual que la situación anterior, *“este*

---

<sup>46</sup> Quedan recogidas, además, dos situaciones especiales derivadas de este hecho: el primero es el de *“los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso en este apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción”* y, el segundo, *“en el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero”*.

*derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor”.*

Es importante saber que la gestión de esta protección corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), debiéndose, por lo tanto, solicitar a dicha institución.

Además, en el momento de la solicitud es necesario aportar el Libro de Familia y el certificado del registro civil (vimos, en apartados anteriores, la importancia de este certificado en el proceso de la maternidad subrogada, siendo uno de los pilares fundamentales de este trabajo y del cual hablaremos también en el siguiente apartado).

En lo referente al contenido, consta de un subsidio económico, el cual está formado por el 100% de la base reguladora del mes anterior en el que se solicite. Además, la edad que me van a computar para la correspondiente acreditación de días cotizados será la que corresponda al momento de la solicitud.

Aun así, hay un subsidio especial para los supuestos de parto y adopción múltiples, la cual está regulada en el artículo 6.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>47</sup>. Dicho subsidio consiste en una cantidad igual a la que corresponda a percibir por el primero, durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En lo referente a la cotización, durante el período establecido se mantendrá la obligación de cotizar, tanto para la empresa como para la trabajadora. También es importante decir que la empresa no va a sufrir coste alguno.

Por lo tanto, y en referencia a esto último, las empresas reciben bonificaciones en la cuota de la seguridad social, de modo que estas pueden realizar un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador que disfruta de la protección por nacimiento y cuidado de menor, y ese contrato se bonifica en el 100%. De esta manera, la empresa no asume gasto alguno en la sustitución, recayendo el peso del gasto en el Estado.

Pero no queda aquí esta situación, puesto que, si la empresa realiza el contrato de interinidad a un desempleado, no solo se bonifica el contrato de este, sino también el de

---

<sup>47</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 69, de 21 de marzo de 2009 (BOE-A-2009-4724).

la trabajadora de baja. Así, y con estos incentivos, las empresas no se ven frenadas a la hora de contratar mujeres.

#### **4.4 DINÁMICA**

Aunque pueda parecer que el nacimiento del derecho se produce con el parto, la realidad es bien distinta: el nacimiento del derecho nace con el inicio del descanso, ya que este se puede solicitar con anterioridad al propio parto. Y, en el particular caso de la adopción, guarda o acogimiento, será de igual manera, solo que se tomará como referencia la declaración judicial.

Otro hecho relevante en esta protección, es que no tiene por qué disfrutarse a tiempo completo, sino que puede hacerse también a tiempo parcial. Para ello, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Acuerdo total con el empresario
- Una vez que el empresario otorga su consentimiento, este solo puede ser modificado por voluntad de la propia trabajadora
- Las 6 semanas inmediatamente después del parto, deben disfrutarse obligatoriamente
- No se pueden hacer horas extra
- El disfrute debe ser ininterrumpido
- También podrá acogerse el hombre cuando la mujer le haya cedido su permiso

Mención especial merece la posible concurrencia con otras situaciones (artículo 10 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo):

- Con el desempleo:
  - Si se produce la extinción del contrato mientras disfruta del permiso de nacimiento y cuidado de menor, se deberá esperar a agotar dicha prestación y, una vez finalizada, se solicitará la prestación por desempleo, disfrutando de ella en caso de que se reúnan sus requisitos.
  - Si se está cobrando la prestación por desempleo y se da a luz, se suspenderá dicha prestación. A continuación, y una vez solicitado, se disfrutará el derecho de la prestación por nacimiento y cuidado de menor durante las 16 semanas pertinentes, debiendo solicitar, al su término, la prestación por desempleo para continuar con ella.

- Con incapacidades temporales
  - Si el beneficiario del derecho del descanso por nacimiento y cuidado de menor, tras dicho descanso continuase necesitando asistencia médica por consecuencia del parto, se la considerará en situación de incapacidad temporal.
  - Si antes de producirse el parto, el interesado se encuentra en situación de incapacidad temporal sin solicitar el derecho al descanso por nacimiento y cuidado de menor, a partir del parto deberá comenzar con el disfrute del descanso por nacimiento y cuidado de menor.
  - Si y solo si, se está disfrutando del disfrute del subsidio por nacimiento y cuidado de menor a tiempo parcial, y el interesado sufre de una contingencia que le provocaría una incapacidad temporal, deberá esperar al término del período de descanso de nacimiento y cuidado de menor para, en caso de que siga persistiendo su mal, pase a situación de incapacidad temporal.

De aquí se deduce la completa incompatibilidad de estar, simultáneamente, en situación de protección por nacimiento y cuidado de menor e incapacidad temporal.

Por último, es necesario conocer qué ocurre en el momento en el que puedan concurrir el descanso por nacimiento y cuidado de menor y el de vacaciones. Para ello, el artículo 38 del ET es rotundo: en el supuesto que el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con el descanso por nacimiento y cuidado de menor, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de dicho descanso, disfrutando del período vacacional al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.



## **5. EL DERECHO A LA PERSTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR DE LOS PADRES COMITENTES**

Finalmente, en este último apartado pondremos en relación la situación que se vive cuando se pretende, tras un acuerdo de maternidad por subrogación, acceder a la protección por nacimiento y cuidado de menor. Para ello, primero analizaremos la situación que se vive en el Tribunal de Justicia Europeo para, posteriormente, conocer la situación de los Tribunal Superiores de Justicia españoles.

Al darse en estos últimos una amplia variedad de situaciones, terminaremos comentando la postura que adopta el Tribunal Supremo, concretamente con la emisión de una sentencia para la unificación de doctrina que intentará iniciar un cauce a seguir para posteriores situaciones.

### **5.1 EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La postura de estos tribunales dentro de este aspecto, queda reflejada notablemente en dos sentencias, las cuales, además, fueron pronunciadas el mismo día: el 18 de marzo de 2014<sup>48</sup>. Además, en ambas se resuelve la situación de conceder o no dicha prestación.

La sentencia TJUE 2014, 113, asunto C-167/12, resuelve la problemática de una pareja comitente inglesa que realiza un contrato de maternidad subrogada, ajustándose al tipo de paternidad genética de la pareja comitente y maternidad “semi-genética” y biológica de la mujer gestante (como ya desarrollamos en el apartado número 2 del presente trabajo). Aunque como ya mencionamos, la situación en Reino Unido permite esta práctica, lo que esta pareja pretendía era el acceso a la protección, en la forma que se establece para la suspensión del contrato laboral y su correspondiente retribución.

Ante esto, el empresario denegó a la madre comitente dicho descanso, acogándose a que este está destinado a la madre biológica. Sin embargo, y tras la interposición de la pertinente demanda, lo terminó aceptando como medida excepcional, aunque a lo que se negó en rotundo fue a conceder la prestación económica.

---

<sup>48</sup> Asuntos C-167/12 (TJUE 2014,113) y C-363/12 (TJUE 2014,112).

Por ello, el Tribunal se acogió a la Directiva 92/85<sup>49</sup>, concretamente a su artículo 8, el cual se pone directamente en contacto con su artículo 2 y, de los cuales, se deduce que la finalidad para poder acogerse a la protección es que la trabajadora haya estado embarazada y haya dado luz al niño<sup>50</sup>.

Además, la madre comitente había alegado una posible discriminación por razón de sexo como fondo para que el empresario no se la concediese. Sin embargo, el Tribunal vuelve a denegar esta idea apoyándose en el artículo 14 de la Directiva 2006/54<sup>51</sup>, ya que el principio de no discriminación directa o indirecta por razón de sexo se cumple: la legislación nacional dice que, en estas situaciones, el padre no tendrá derecho, así como tampoco se deja entrever ninguna posible medida que perjudique a la mujer respecto del hombre<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. 348, de 28 de noviembre de 1992, sobre medidas para promover la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia.

<sup>50</sup> En el argumento número 37 de dicha sentencia, el Tribunal se muestra claro y conciso: *“la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño”*. Además, el argumento número 40 también se muestra rotundo: *“una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Por tanto, los Estados miembros no están obligados en virtud de ese artículo a conferir a esa trabajadora un permiso de maternidad”*.

<sup>51</sup> Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea núm. 204, de 26 de julio de 2006 y relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, su artículo 14 dice lo siguiente:

1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado; d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. 2. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

<sup>52</sup> Los argumentos 47, 50, 52 y 55 respectivamente, dejan muy clara la postura del Tribunal: *“un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución y haya tenido un hijo gracias a ese convenio recibe el mismo trato que una madre subrogante en una situación comparable, a saber, tampoco él tiene derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad”*; *“la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2006/54”*; *“una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño”*; *“(…)un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo”*.

Por lo tanto, el Tribunal se inclina por la empresa y deniega las peticiones de la pareja comitente.

En lo referente a la segunda de las sentencias, la sentencia TJUE 2014, 112, asunto C-363/12, una mujer irlandesa, madre subrogante, había visto cómo se le denegaba la concesión del permiso retribuido por nacimiento y cuidado de menor o adopción. Esta situación es diferente a la anterior, puesto que el tipo de subrogación que aparece aquí es genética de la pareja comitente y maternidad biológica de la mujer que se compromete a prestar el útero, además de que la madre comitente posee un problema físico que la imposibilitaba para gestar un hijo.

La pareja viajó a California a realizar el contrato, y a su llegada a Irlanda se le denegó la protección por nacimiento y cuidado de menor, pues ni había estado embarazada ni había procedido a adopción alguna. La mujer presentó la demanda, y, aunque como ocurrió en el caso anterior, el empresario la concedió algunos permisos, estos no llegaban a ser lo que ella buscaba: la protección al completo. Así, presentó una demanda por discriminación basada en el sexo.

El Tribunal dictó sentencia basándose, fundamentalmente y entre otros, en los motivos de la anterior sentencia desarrollada, es decir, *“una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85”*, así como *“una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño”*.

Por otro lado, este caso difiere del anterior en que la mujer no puede concebir hijos. Es por ello por lo que se ampara en la Directiva 2000/78/CE<sup>53</sup>, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En este sentido, se acoge a que dicho impedimento para procrear es lo que la impide acceder a la protección<sup>54</sup>. Es decir, que la incapacidad para tener hijos y no poder acudir a la protección, sea una discriminación.

---

<sup>53</sup> Publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

<sup>54</sup> Concretamente, la mujer se basa en el artículo 3.1 letra (d) de la Directiva, el cual cita lo siguiente: *“Ámbito de aplicación:*

*1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación*

Sin embargo, en la mencionada Directiva no se hace referencia a la definición de lo que se debe considerar discapacidad. Por ello, el Tribunal se acoge a una definición que él mismo dio en sentencia anterior, concretamente de 11 de abril de 2013<sup>55</sup>: *“una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*.

Así pues, el tribunal vuelve a no dar la razón a la persona demandante en este caso, tal y como ocurría con la sentencia comentada anteriormente, aferrándose a lo mismo que en la anterior, además de añadir la negativa al tema añadido por la demandante de discriminación por razón de discapacidad<sup>56</sup>.

Por todo ello, y acudiendo a la doctrina científica para finalizar con el comentario de esta sentencia del Tribunal de justicia de la comunidad Europea, Gorelli Hernández, J.<sup>57</sup> aporta una conclusión que puede resumir esta problemática: *“(…), debemos hacer referencia a si el hecho de que la madre subrogante no pueda engendrar debe ser considerado o no como un caso de discapacidad. Dado que la discapacidad ha de entenderse como un impedimento para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, la incapacidad para gestar un hijo por medios convencionales no supone un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él, razón por la que no ha de entenderse como una situación de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78.*

Asimismo, este autor no se queda aquí, pues, y teniendo en cuenta la misma referencia, define que *“es el hecho de que la gestación por subrogación no está incluida en la regulación comunitaria de protección de la maternidad, por lo que los Estados no tienen obligación de regular una prestación de Seguridad Social para estos casos. Ello*

---

con: d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.

<sup>55</sup> Asuntos C-335/11 y C-337 (TJCE 2013,122)

<sup>56</sup> Tal y como se afirma en el fallo del Tribunal, *“La Directiva 200/78 (...) debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución”*.

<sup>57</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2017): “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº3, 2012, página 14.

*implica necesariamente reconocer que la maternidad subrogada no puede equipararse a la maternidad biológica, no son situaciones idénticas, al menos desde el punto de vista del ordenamiento comunitario”.*

Finalmente, es importante señalar a Cordero Gordillo, V.<sup>58</sup> que sigue la misma línea que el citado autor anterior, pero añade la reflexión sobre una posible comparativa con la situación de adopción y la ausencia de una referencia clara a esta, al señalar que *“como ha sostenido el TJUE, no cabe equiparar la maternidad subrogada con la maternidad biológica, ni supone una discriminación por razón de sexo la denegación de un permiso retribuido por maternidad y, por ende, de una prestación a una madre subrogante. Pero ello no impide aplicar analógicamente a la gestación por sustitución lo dispuesto para los supuestos de adopción, cuestión ésta sobre la que no se pronuncia el Tribunal por no estar incluida en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias”.*

## **5.2 EN EL DERECHO ESPAÑOL**

A pesar de que, como hemos visto a lo largo del trabajo, la gestación subrogada es una situación que no es legal en nuestro país, manejamos un abanico de sentencias muy amplio: unas se muestran en contra de conceder la protección y otras a favor. Además, es relevante decir que, las primeras, son menos comunes que las segundas.

Así pues, pasamos a analizar dichas posturas a través de sentencias relevantes que nos hagan apreciar la postura llevada a cabo,

### **5.2.1. Argumentos de la jurisprudencia para la desestimación del derecho**

Aunque son el grupo minoritario, existen en nuestro ordenamiento sentencias que han denegado<sup>59</sup> la prestación por nacimiento y cuidado de menor, fallando, todas ellas, en favor del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Así pues, podemos resumir en los siguientes puntos, los argumentos utilizados por el INSS en cada una de estas sentencias:

<sup>58</sup> CORDERO GORDILLO, V. (2015): “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, en Revista Trabajo y Derecho, nº7-8, 2015, página 11.

<sup>59</sup> Por orden cronológico, las sentencias que han desestimado la protección en nuestro ordenamiento son: SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1228); Madrid de 7 de julio de 2014 (PROV 2014, 244222); Andalucía de 4 de febrero de 2015 (AS 2015, 720); Madrid de 5 de octubre de 2015 (PROV 2015, 253456); País Vasco de 3 de mayo de 2016 (PROV 2016, 11772).

- La protección por nacimiento y cuidado de menor subrogada no aparece expresamente en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, concretamente en su artículo 177. Dicho artículo menciona las situaciones protegidas, siendo estas: nacimiento y cuidado de menor, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.
- El Estatuto de los Trabajadores, articulado encargado, entre otras muchas cosas, de los descansos de los trabajadores, no menciona en ningún momento ningún descanso derivado de la gestación subrogada. Concretamente, su artículo 48, en sus apartados 4, 5 y 6, regula la suspensión del contrato en los supuestos de nacimiento y cuidado de menor y adopción o acogimiento, y nunca en el supuesto de gestación subrogada.
- El artículo 10 de la Ley 14/2006, mencionado anteriormente en este trabajo en apartados previos, dice que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. De ahí, que esta práctica no sea legal en nuestro país y que, cualquier derecho derivado de una práctica nula, no debe de ser reconocido.
- La protección del menor, así como su interés primordial, debe usarse para poder interpretar la ley en determinadas situaciones, pero nunca para ir en contra de ella.
- En virtud de los cuatro puntos descritos hasta el momento, en el ordenamiento español existen otros procedimientos para llevar a cabo la protección del menor, como puede ser la adopción o el acogimiento, sin tener que llegar al extremo de forzar la situación de la subrogación. Situación, como hemos dicho, calificada como prohibida y, por lo tanto, con nulos efectos.
- La gestación subrogada, para un sector social, puede llegar a ser considerada como tráfico de personas, pues, en el fondo, se trata de una comercialización de un embarazo, cuyo nacimiento supone la renuncia de la madre biológica con el fin de entregar una nueva vida a otras personas.
- Puede considerarse fraude de ley, ya que se pretende acceder a un derecho tras una práctica ilegal en nuestro país.

De entre todas ellas, hablaremos brevemente de tres de ellas en particular, las cuales giran en torno, como bien anota Gorelli Hernández, J.<sup>60</sup> en su obra *“La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”*, a tres elementos fundamentales.

La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1228), en la cual se estima el Recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Bilbao, de 13 de enero de 2014, dictada en el procedimiento 1343/2013. En ella, se debatía si se debía aceptar la prestación de nacimiento y cuidado de menor para una mujer comitente. Sin embargo, la sentencia que analizamos se apoya en jurisprudencia europea para fallar: *“nuestra postura jurídica inicial era coincidente con la de la resolución (...). Sin embargo, al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (...)”*. Es decir, apoyándose en las sentencias del tribunal europeo anteriormente citadas, el TSJ del País Vasco da la razón al INSS y deniega la concesión de la protección de nacimiento y cuidado de menor.

La segunda sentencia es la emanada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2015 (PROV 2015, 253456), en la cual se deniega la protección de nacimiento y cuidado de menor en supuesto de gestación por sustitución por, *“nuestro ordenamiento no admite la denominada maternidad subrogada al ser nulo el contrato que la sustenta, ni la misma está contemplada como situación protegida a efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad”*.

Como podemos apreciar, aquí se da la razón al INSS porque, como apuntamos anteriormente, el hecho de la gestación subrogada no está admitido en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, y para finalizar, podemos concluir que estas sentencias se basan y fundamentan demasiado en seguir las directrices de las Tribunales de la Unión Europea,

---

<sup>60</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2017): “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº3, 2012, páginas 16 y 17: divide, en dicha obra, tres elementos en torno a los cuales, afirma, los TSJ fallan en contra de conceder la prestación. Estos elementos son, en primer lugar, la referencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas anteriormente en este trabajo; en segundo lugar, la complementación a esa razón de que en nuestro ordenamiento no se contempla, de manera expresa, la regulación de la maternidad subrogada; y, en tercer lugar, que en nuestro ordenamiento se prohíbe, a través de una norma expresa, la gestación por sustitución.

dejando quizás de lado el hecho en sí. Para ello, nos remitimos a una buena conclusión de Arias Domínguez, A.<sup>61</sup>: *Todas estas resoluciones de los TSJ tienen un excesivo apego a estos precedentes jurídicos, a estas STJUE. Pero estas resoluciones resuelven una cuestión que, en realidad, nada o muy poco tiene que ver con la cuestión controvertida en la instancia jurisdiccional nacional. Porque el plano de legalidad con el que funcionan las STJUE es diferente. Lo que se enjuicia en estos casos, en definitiva, es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de maternidad por sustitución, y la respuesta es evidente: no, no tienen obligación de contemplar estas situaciones en su ordenamiento interno. Y lo que se discute en la instancia jurisdiccional patria es si a la luz de nuestras normas vigentes puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada. Respetar la doctrina que se infiere de esas resoluciones del TJUE no es incompatible con conceder prestaciones de maternidad para situaciones de maternidad subrogada.*

### 5.2.2. Argumentos de la jurisprudencia para estimar el derecho

Como bien anotamos previamente, no existe una regulación específica para la materia. Sin embargo, la mayoría de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia fallan a favor<sup>62</sup> de conceder la protección de nacimiento y cuidado de menor en los casos de subrogación. Para ello, se basan principalmente en los siguientes argumentos:

- La situación de gestación subrogada es comparable con la situación de adopción o acogimiento, pudiendo llegar a desembocar en la misma finalidad y efectos que producen estas.
- Que la práctica esté prohibida en España y que, por consiguiente, el contrato firmado entre las partes de gestación por sustitución sea nulo dentro de nuestras

<sup>61</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016): “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, en Revista de Derecho de la Seguridad social, nº8, páginas 89 y 90.

<sup>62</sup> Por orden cronológico, estas son las sentencias encontradas al respecto y que están a favor de la concesión de la protección: SSTSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 2010 (PROV 2010, 215499); Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012, 2485); Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503); Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013, 845); Madrid de 13 de marzo de 2013 (PROV 2013, 291496); Canarias de 7 de julio de 2014 (AS 2014, 2769); Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015, 406); Canarias de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993); Cataluña de 9 de marzo de 2015 (AS 2015, 954); Murcia de 30 de marzo de 2015 (PROV 2015, 108842); Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2015 (AS 2015, 1332); Cataluña de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826); Madrid de 17 de julio de 2015 (PROV 2015, 202928); Cataluña de 15 de septiembre de 2015 (AS 2015, 2019); Murcia de 3 de noviembre de 2015 (PROV 2015, 41278); Cataluña de 11 de febrero de 2016 (PROV 2016, 97024).



fronteras, no puede suponer la privación del derecho a la protección por nacimiento y cuidado de menor.

- Los problemas derivados, tanto de la filiación como del registro del menor, no deben suponer un impedimento para acceder a dicha protección, puesto que parte de dicha prestación es la propia protección del menor.
- Enlazando con el anterior punto, la protección por nacimiento y cuidado de menor no está hecha solo para proteger a la madre, sino por el interés superior del menor en todo momento, para que pueda tener una dedicación completa en el desarrollo de su vida familiar.

Asimismo, vamos a analizar alguna de las sentencias más relevantes y, para enlazar con el punto anterior en el que mostrábamos sentencias en contra de conceder la prestación, comenzaremos con la Sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2016 (PROV 2016, 97024). Paradójicamente, dicha sentencia es la última en el proceso cronológico de las que mencionaremos a favor de conceder la prestación. Sin embargo, es muy aclaratoria, pues representa perfectamente cómo hay Tribunales Superiores de Justicia que se muestran reacios a continuar con la tónica de las sentencias del TJUE, al afirmar que *“no hacen referencia a la prestación por maternidad subrogada y de estas sentencias no se pueden desprender una adaptación o cambio de regulación legal”*, siendo este uno de los principales motivos por los que, anteriormente, se concedían.

Así pues, y antes incluso de que los Tribunales de Justicia Europeos emanaran las tan relevantes sentencias explicadas anteriormente, los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro ordenamiento, fallaban a favor de la prestación, como puede ser la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503)<sup>63</sup>. Dicha sentencia estima el recurso de suplicación presentado por los

---

<sup>63</sup> Sentencia de interés analizada por BORRAJO DACRUZ, E. (2013): “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, en *Actualidad Laboral*, número 2, 2013. En ella, el autor nos introduce en el caso antes del correspondiente análisis: *“Con fecha 23 de febrero de 2010 tuvo lugar en un centro médico de una ciudad californiana (Estados Unidos) el nacimiento de una niña, Manuela V.-C. y C., y queda constancia en el certificado registral americano que el nombre de la madre era Juan C. y que el nombre del padre era Antonio José V.-C.. Tras distintas vicisitudes el Registro Civil consular americano, en fecha 13 de julio de 2011, procedió a la inscripción del nacimiento de la menor haciendo constar que donde dicen «padre» debe decir «progenitor A» y donde dicen «madre» debe decir «progenitor B».*

*También queda constancia en otros medios que el progenitor A disfrutó de la prestación por paternidad siendo, y así consta, el progenitor B en cuanto madre registral, quien solicita el pago directo de la prestación por maternidad durante un período de 112 días en el que permaneció inactivo por cuidado de la niña Manuela.*

*El INSS dictó resolución denegando la prestación por no encontrarse el solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad de acuerdo con lo previsto en el art. 133bis LGSS (LA LEY 2305/1994).”*

padres comitentes pivotando su argumentación sobre el hecho de que son análogas las situaciones<sup>64</sup> las vividas en la gestación subrogada y en la adopción. Esto queda reflejado en la propia sentencia, la cual dice lo siguiente: *“tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”*.

Otra sentencia relevante al respecto, curiosamente también del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es la que data del día 13 de marzo de 2013 (PROV 2013, 291496). En ella nos encontramos ante la siguiente situación: el padre comitente de un bebé nacido, por contrato de gestación subrogada, en California, tras habérsele sido reconocida la prestación por paternidad, es demandado por el INSS, alegando que no tiene derecho. Este recurre, y el Tribunal da la razón al comitente, y lo hace fundamentado en acogerse al bien superior del menor<sup>65</sup>, resumiendo el sentir de dicha sentencia en el siguiente párrafo: *“la prestación de paternidad o de maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar la Ley 14/2006, en su artículo 10, pues, no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores”*.

Por todo ello, y para finalizar este apartado, podemos sintetizar la información citando a ARIAS DOMÍNGUEZ, A., quien en su obra *“Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”* publicada en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, número 8 del año 2016, afirma lo siguiente: *se niega que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución impida que dicha realidad tenga otras*

---

<sup>64</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016): “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, nº8, páginas 86 y 87. En su trabajo, el autor señala que *“entiende aplicable por analogía la solución que se patrocina para el supuesto de adopción, apreciando que el sentido protector de la norma, su razón de ser, es idéntica al del supuesto de maternidad subrogada”*.

<sup>65</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016): “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, nº8, páginas 87 y 88. El autor señala que *“es una sentencia que resume a la perfección la interpretación, ya que, en primer lugar, desactiva totalmente la injusta equivalencia que afirma que la nulidad del contrato de maternidad subrogada no pueda tener consecuencias jurídicas, y, por otro lado, porque pone el centro de atención de la prestación y de su concesión en el bien superior del menor”*.

*consecuencias, se afirma la analogía de la situación con la maternidad por adopción o acogimiento, y se subrayara vehementemente el interés superior del menor como bálsamo interpretativo de eventuales fricciones normativas.*

Como vemos, son opuestas las posturas que adoptan los Tribunales de Justicia de nuestro ordenamiento. Y no solo eso, sino que cada una de estas posturas está perfectamente razonada y argumentada, por lo que, llegado al caso extremo, podríamos decir que digan una cosa u otra, todos tienes razón.

Ante esto, decide interrumpir el Tribunal Supremo, con el fin de acabar con esta disparidad unificando la doctrina. Y lo hace a través de STS de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167)<sup>66</sup>, en la cual adopta una postura claramente a favor del padre comitente y solicitante de la prestación.

Así pues, la Sala 4ª del Tribunal Supremo falla a favor de conceder la protección, y ARAGÓN GÓMEZ, C.<sup>67</sup> agrupa los argumentos en los que se apoya, de los que sintetizo las partes más relevantes:

*“El carácter de mínimo que, a estos efectos, tiene el derecho de la Unión Europea: el Derecho de la Unión Europea no brinda una respuesta afirmativa con respecto al reconocimiento de una prestación por maternidad a los padres comitentes, pero tampoco la excluye, por lo que es perfectamente posible que los Estados Miembros puedan adoptar una regulación más favorable.*

---

<sup>66</sup> Sentencia trabajada en profundidad por ARAGÓN GÓMEZ, C., en “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, publicado en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº4, 2017. Aquí, la autora analiza esta sentencia en particular por dos motivos: “porque es la primera resolución del Supremo que ha podido entrar en el fondo del asunto y porque sus argumentos se reiteran en sentencias dictadas con posterioridad”. Además, nos sintetiza el caso (padre comitente de dos niñas nacidas por subrogación en Nueva Delhi) de una manera muy clara: “El progenitor reclamó al INSS la prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, que le fue denegada por no encontrarse en ninguna de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Desestimada la reclamación previa, el solicitante formuló demanda contra la entidad gestora, pero el Juzgado de lo Social decidió absolver al INSS de las reclamaciones formuladas en su contra. Frente a esta resolución, el padre interpuso recurso de suplicación que fue estimado por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que condenó al INSS al abono de la prestación por maternidad por un período de dieciocho semanas (al tratarse de un parto múltiple) y del subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo, durante el período de seis semanas posteriores al parto, con efectos a la fecha de la solicitud. Contra la sentencia dictada en suplicación, el INSS interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, alegando que las normas de la Unión Europea, las previsiones en materia de relaciones laborales y de Seguridad Social, las disposiciones relativas a las técnicas de reproducción asistida, así como las correspondientes al Registro Civil conducían a desestimar la pretensión del progenitor”.

<sup>67</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C., en “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, publicado en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº4, 2017, páginas 12 a 14.

*La existencia de una situación de necesidad merecedora de protección: con independencia de que el nacimiento se haya producido con ocasión de un contrato de gestación subrogada, el Tribunal advierte que el menor se encuentra de facto integrado en una unidad familiar y que sus necesidades de atención y de cuidado deben ser protegidas.*

*La propia finalidad de la prestación por maternidad: el período (...) de descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tiene una doble finalidad: por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre tras el parto y, por otro, velar por la atención o cuidado del menor.*

*El interés superior del menor (...) podría verse lesionado si el progenitor único no pudiera dispensarle los cuidados necesarios por falta de cobertura del sistema.*

*El principio de igualdad. (...) podría verse vulnerado si se dispensara un diferente tratamiento a los hijos biológicos o adoptivos, frente a los hijos gestados por subrogación.*

*El listado parcialmente abierto de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro ordenamiento jurídico: (...) se desprende una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos por nuestro ordenamiento, lo que permitiría una cierta flexibilidad interpretativa.*

*La aplicación de la analogía. Según la sala 4.ª del Tribunal Supremo, la posición de los comitentes es similar, en algunos casos, a la que posición que ocupan los progenitores en procesos de adopción y acogimiento. Esta similitud justificaría la aplicación de la analogía y, en consecuencia, el reconocimiento de la prestación por maternidad a los padres intencionales, dispensándoles el mismo trato que a los padres adoptivos.*

*La nulidad de un contrato no implica necesariamente su ineficacia. Para fundamentar su fallo, el Tribunal afirma que la Ley 14/2006 (RCL 2006, 1071) no resulta de aplicación al caso, pues no es una norma reguladora de la prestación por maternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención de los menores.*

*La ausencia de fraude de ley: (...) pues su comportamiento no iba dirigido a obtener indebidamente prestaciones de Seguridad Social”.*

Por último, podemos concluir la postura del Tribunal Supremo con la reflexión que realiza CAVAS MARTÍNEZ, F. de la propia sentencia, en *“El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler”*, en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, nº12, 2017: *“la sentencia ofrece una estructura clara con una gran riqueza argumentativa, ya que incluye razones adicionales para conceder la prestación que específicamente se refieren a la situación del padre biológico y registral único”*.

## 6. CONCLUSIONES

A tenor de lo visto en el trabajo, y a pesar de que cada uno de nosotros tengamos una idea prejuizada al respecto, se puede concluir una certeza: tanto los argumentos y las posturas que se muestran a favor, como los que están en el lado opuesto, son totalmente incompatibles.

Lo que tampoco podemos negar es que la gestación por sustitución es, cada vez, más existente. Por eso, aunque actualmente la regulación nacional tenga por nulos este tipo de contratos, alegando, entre otros, argumentos de peso como que las personas no pueden ser objeto de comercio alguno, creo que la solución que más garantías aporta sería su regulación.

Enlazando con lo anterior, de esta manera evitaríamos numerosos problemas jurídicos, no solo a nivel nacional, sino de nivel internacional también: recordar que al ser legal en otros países, los nacionales españoles acuden a ellos y pretenden su legalidad al llegar a España, con el fin de poder acceder a la protección por nacimiento y cuidado de menor. Es decir, pretenden tener acceso a un derecho derivado de una práctica ilegal en España.

Otro punto a favor de su regularización, y para mí el más importante, sería la protección del menor fruto de esta práctica. Al fin y al cabo, él no es culpable alguno de la manera en que ha sido concebido, pero como ser humano que es, tiene derecho a, valga la redundancia, todos los derechos que el resto de seres humanos tienen por el hecho de ser tales. Por ello, su regularización y que la madre comitente pueda acceder a ella sería de gran ayuda para el mencionado recién nacido.

Asimismo, se trata de un tema de tal calibre que incluso ha llegado al Congreso. Así pues, el partido político de Ciudadanos realizó una proposición de ley, *reguladora del derecho a la gestación por subrogación*, quedando registrada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 8 de septiembre de 2017, Núm. 145-1 (122/000117). La propuesta realizada por el partido de centro-derecha español pedía como requisitos para las mujeres, que el fin fuera altruista, que fuesen mayores de 25 años, que hubiesen sido madres con anterioridad y que tuviesen su situación regularizada. Además, solo podían acceder a esta práctica hasta un máximo de dos ocasiones. Sin embargo, y aunque dicho

partido la llevó en su programa político en las últimas elecciones generales del pasado 28 de abril de 2019, dicha propuesta no ha prosperado en el panorama nacional.

En definitiva creo que, en los tiempos actuales, y tal como ya dijimos al inicio, tratándose de una práctica cada vez más existente, la ley que en su día resolvía ciertos problemas, actualmente ha podido quedar obsoleta y dejando a la luz ciertas lagunas: debería ser revisada con el único fin de equiparar beneficios sociales de posibles nuevas formas de familia, dejando de lado ideologías religiosas, éticas, morales o sociales.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016): “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, nº8, 2016.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler”, en *Revista de Derecho de la Seguridad social*, nº12, 2017.

CORDERO GORDILLO, V. (2015): “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, en *Revista Trabajo y Derecho*, nº7-8, 2015.

GOSELLI HERNÁNDEZ, J. (2017): “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº3, 2012.

HIERRO HIERRO, F. J. (2012): “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, en *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº6, 2012.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. A. (2012): “La inscripción de la filiación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad Alcalá V*, nº5, 2012.

LAMM, E. (2012): “Gestación por sustitución”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº3, 2012.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2014): “Permiso por maternidad para madres subrogantes: problemática laboral de los vientres de alquiler, (I) y (II)”, en *La Ley Digital*, nº3035, 2014.

RUIZ SÁENZ, A. (2013): “Tratamiento jurídico de la gestación por sustitución”, en *Repositorio Académico de la Universidad de Cantabria*, 2013.



## **ANEXO**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

STJUE 2014, 113, asunto C-167/12

STJUE 2014, 112, asunto C-363/12

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

STS núm. 881/2016 de 25 octubre (RJ\2016\6167)

STS núm. 953/2016 de 16 noviembre (RJ\2016\6152)

STS núm. 1021/2016 de 30 noviembre (RJ\2016\6514)

STS núm. 1022/2016 de 30 noviembre (RJ\2016\6516)

STS núm. 917/2017 de 22 noviembre (RJ\2017\5401)

STS núm. 950/2017 de 29 noviembre (RJ\2017\6111)

STS núm. 972/2017 de 30 noviembre (RJ\2017\5969)

STS núm. 1005/2017 de 14 diciembre (RJ\2017\6015)

STS núm. 1002/2017 de 14 diciembre (RJ\2017\5889)

STS núm. 277/2018 de 13 marzo (RJ\2018\1518)

STS núm. 347/2018 de 22 marzo (RJ\2018\1414)

### **SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

STSJ Castilla y León de 5 de mayo de 2010 (PROV 2010, 215499)

STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012, 2485)

STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503)

STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013, 845)

STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (PROV 2013, 291496)

STSJ de País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1228)

STSJ Canarias de 7 de julio de 2014 (AS 2014, 2769)

STSJ Madrid de 7 de julio de 2014 (PROV 2014, 244222)

STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015, 406)

STSJ Andalucía de 4 de febrero de 2015 (AS 2015, 720)

STSJ Canarias de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993)

STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2015 (AS 2015, 954)

STSJ Murcia de 30 de marzo de 2015 (PROV 2015, 108842)

STSJ Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2015 (AS 2015, 1332)

STSJ Cataluña de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826)

STSJ Madrid de 17 de julio de 2015 (PROV 2015, 202928)

STSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2015 (AS 2015, 2019)

STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2015 (PROV 2015, 253456)

STSJ Murcia de 3 de noviembre de 2015 (PROV 2015, 41278)

STSJ Cataluña de 11 de febrero de 2016 (PROV 2016, 97024)

STSJ País Vasco de 3 de mayo de 2016 (PROV 2016, 11772)